

LA NOUVELLE JUSTICE NATURELLE:  
(DEVOIR "D'EQUITE PROCEDURALE")  
QUELQUES PROBLEMES DE MISE EN OEUVRE

Par Patrice GARANT

La nouvelle justice naturelle fait maintenant partie indiscutablement de notre droit depuis la bénédiction de la Cour suprême dans ses arrêts Nicholson et Martineau. Toutefois cette bénédiction n'a pas supprimé certaines des difficultés même la jurisprudence récente tente de les diluer.

Le choix du recours approprié pour faire contrôler le respect du devoir "d'équité procédurale" continue de poser des problèmes tant au niveau fédéral qu'au Québec, à cause de la multiplicité des recours disponibles.

Par ailleurs, d'autres problèmes se soulèvent, qui consisteront à prévoir quelle sera la limite de l'intervention des Cours de justice dans certains processus administratifs où le législateur et l'autorité réglementaire hésitent beaucoup à préciser l'encadrement procédural qui sera adéquat. Nous illustrerons ces propos en traitant d'une des modalités de la règle "audi alteram partem" soit le droit à la représentation légale. Nous terminerons en disant un mot des répercussions prévisibles de la consécration constitutionnelle des principes de la justice fondamentale par l'article 7 de la Charte canadienne de 1982.

## I - L'EQUITE PROCEDURALE ET LE CHOIX DU RECOURS APPROPRIE

### A- Au fédéral

Le 25 février 1969, Léonard John Howarth est condamné à sept ans de prison pour vol à main armée. Le 6 mai 1971, il est libéré conditionnellement et au cours des années 1971-72 et 1972-73 il s'inscrit comme étudiant en sociologie à l'Université Queen's; pendant ce temps, il travaille également pour gagner sa vie. Le 3 août 1973,

sa libération est suspendue et il est réincarcéré; il est sous le coup d'une accusation d'assaut indécent à laquelle il plaide non coupable. Le 14 septembre, quelques jours avant la date fixée pour son enquête préliminaire, l'accusation est retirée. Le 18, il apprend que la Commission des libérations conditionnelles a définitivement révoqué sa libération le 11 septembre. Howarth tente à plusieurs reprises de connaître les motifs de sa révocation mais la Commission lui répond qu'elle n'a nullement l'obligation de les lui fournir, ni de l'entendre.

Howarth, conseillé par quelque avocat audacieux ou téméraire, intente son recours en Cour fédérale sous l'article 28, recours en principe recevable que contre des actes quasi judiciaires. ( 1 )

Howarth avait une pente à remonter car la Cour suprême du Canada, en 1965, dans Ex parte McCaud, avait décidé que l'octroi ou le retrait d'une libération conditionnelle était un acte discrétionnaire "and is not in any way a judicial determination" ( 2 ). La Cour avait alors refusé d'accorder un bref d'habeas corpus. Toutefois, suivant la Cour suprême, il n'y a aucune différence en ce qui concerne la qualification de la fonction exercée, qu'il s'agisse d'un bref d'habeas corpus en cour supérieure d'une province ou d'un recours en révision devant la Cour fédérale d'appel.

Le juge Pigeon, contrairement à ce que fait le juge Dickson, ne se demande nullement si la révocation d'une libération conditionnelle est un acte qui affecte les droits individuels. Ceci contraste étrangement avec son attitude dans l'affaire Saulnier dans laquelle il insiste sur l'impact de la recommandation de la Commission de police sur la carrière et la réputation de l'ex-chef de police de la ville de Montréal. Ici, monsieur le juge Pigeon ne se pose même pas la question à savoir s'il n'y a pas là atteinte à quelque droit ou liberté ou aspiration légitime.

Le juge Pigeon se limite à scruter le texte de la loi et à se demander si, de l'article 16, alinéa 4, on peut déduire une intention d'imposer à la Commission l'obligation d'agir quasi judiciairement. Cette attitude peut s'expliquer par le fait que l'atteinte aux droits n'est importante, dans l'esprit du juge Pigeon, que dans la mesure où il trouve dans la loi un indice procédural important lui permettant de qualifier la fonction comme quasi judiciaire.

Le juge Pigeon estime que l'obligation expresse imposée par le Parlement de faire une enquête ne change pas la nature du pouvoir de la Commission. Peut-être pourrait-on y voir une obligation d'agir correctement (duty to act fairly), mais non pas un devoir d'agir quasi judiciairement (to decide on a judicial or quasi-judicial basis).

Le savant magistrat, voulant sans doute donner plus de poids à son argumentation, se réfère à l'une des décisions les plus contestées de la Cour suprême, l'arrêt Calgary Power Ltd. c. Copithorne de 1958 (3). A propos de cet arrêt, monsieur le juge Pigeon écrit ceci:

Dans l'arrêt Calgary Power Ltd. c. Copithorne, cette Cour a rejeté la prétention que l'obligation d'agir de façon judiciaire s'impose dès que des droits individuels sont visés. M. le juge Martland a déclaré au nom de la Cour (à la p. 30): "...l'intimé a prétendu qu'une fonction est de nature judiciaire ou quasi judiciaire lorsque son exercice entraîne l'extinction ou la modification de droits ou d'intérêts individuels au profit d'une autre personne, à moins qu'une intention contraire ne se dégage distinctement de la disposition législative. Cette proposition, à mon avis, va trop loin en définissant ainsi les fonctions de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Pour déterminer si un organisme ou une personne exerce des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, il est nécessaire d'examiner l'objet précis de ses fonctions et ensuite de déterminer si on lui fait un devoir d'agir de façon judiciaire. Comme le disait le juge en chef Lord Hewart dans l'arrêt R. v. Legislative Committee of the Church Assembly (1928, 1 K.B. 411 à 415) (4)

L'arrêt Howarth a été confirmé par un autre arrêt de la Cour suprême (5). La majorité de la Cour suprême réitère que la Commission des libérations conditionnelles possède un pouvoir discrétionnaire qui ne peut être qualifié de quasi judiciaire. Dans la même veine, il faut situer l'arrêt Prata c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration dans lequel la Cour suprême a soutenu que la décision prise par la Commission d'appel de l'immigration, en vertu de l'article 15 de la loi, ne concernait pas la reconnaissance d'un droit mais l'obtention "d'un privilège discrétionnaire" (6).

La Cour suprême, dans un autre jugement récent et unanime, précise encore plus nettement sa pensée à propos des pouvoirs conférés au ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration, sous l'article 8 de la Loi sur l'immigration, relatif aux permis de séjour temporaire (7). La Cour assimile cette situation à celle qu'on retrouvait dans l'arrêt Calgary Foyer Ltd c. Copithorne et cite le même extrait qu'on retrouve dans l'arrêt Howarth (8). Puis, la Cour apporte un éclairage non équivoque sur toute la jurisprudence récente et l'état actuel du droit canadien :

Compte tenu des directives précises qui régissent le droit d'entrée des immigrants ou l'expulsion de ceux qui sont entrés au Canada, énoncées dans les dispositions de la Loi sur l'immigration, je suis nettement d'avis que le pouvoir du Ministre d'accorder, de proroger ou d'annuler un permis en vertu de l'art. 8 de la Loi sur l'immigration qui ne fixe aucune modalité d'exercice de ce pouvoir et, aux fins des présentes, aucune restriction quant aux bénéficiaires de tels permis, est censé être un pouvoir purement administratif, qui n'est pas soumis à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. De fait, exiger du Ministre qu'il n'accorde, ne proroge ou n'annule pareil permis que selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire ferait échouer le but que visait le législateur en accordant ce pouvoir au Ministre. Comme je l'ai dit, la preuve indique que ce pouvoir est utilisé seulement dans des circonstances exceptionnelles et principalement pour des raisons humanitaires. Le

législateur a estimé nécessaire de créer ce pouvoir afin d'assurer une application souple de la politique d'immigration et je ne peux conclure que l'intention du législateur était d'en assujettir l'exercice au droit à une audition équitable, comme l'a allégué l'intimé. Il est vrai que dans l'exercice de ce qui constitue, à mon avis, un pouvoir administratif, le Ministre doit agir équitablement et pour des motifs légitimes, et l'omission de ce faire pourrait bien donner le droit à l'intéressé d'entamer des procédures en vertu de l'al. a) de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale. Mais, pour les motifs déjà soulignés, je suis d'avis que cette décision ne fait pas partie de celles qui peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale (9).

Subséquentement la Cour Suprême fut saisie de la célèbre affaire Martineau (10) qui donna lieu à divers épisodes qu'il faut relater brièvement.

Dans cette affaire, les requérants, détenus à l'institution de Matsqui, ont été accusés de deux infractions à la discipline: le fait d'être deux détenus dans une cellule et commettre un acte indécent. A la suite d'une audition tenue par le comité de discipline de l'institution, ils ont été déclarés coupables de l'infraction dont ils étaient accusés et ont été punis sévèrement. Les requérants prirent un recours en Cour fédérale sous l'article 28(11). Ils alléguèrent, à l'appui de leur action, que le comité n'avait pas respecté les principes de justice naturelle en les privant du droit d'être pleinement informés des infractions alléguées contre eux, de leur droit à une audition équitable, de la possibilité de présenter leur preuve d'une façon efficace, du droit à une décision conforme au processus judiciaire et fondée sur des documents validement soumis au comité. La décision attaquée était-elle "légalement soumise à un processus quasi-judiciaire" au sens de l'article 28(1)? Conséquemment, la Cour fédérale avait-elle compétence pour réviser la décision du comité? Voici comment monsieur le juge Pigeon, pour la majorité, explique la situation:

Il est évident que l'on est soumis "légalement" à ce qui est prescrit par

les règlements. La loi en vertu de laquelle ils sont pris prévoit des sanctions par amende ou emprisonnement[...].

Je ne pense pas que l'on puisse dire la même chose des directives. Il est significatif qu'il n'est prévu aucune sanction pour elles et, bien qu'elles soient autorisées par la Loi, elles sont nettement de nature administrative et non législative. Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse. A mon avis, le par. 29(3) doit être considéré de la même manière que bien d'autres dispositions de nature administrative concernant les services de l'administration et qui énoncent simplement un pouvoir administratif qui existerait même en l'absence d'une disposition expresse de la Loi (12).

Les requérants revinrent devant la Cour fédérale mais cette fois à la faveur d'un certiorari (13). Ils demandèrent à la division de première instance, par requête préliminaire sur une question de droit, si elle était compétente pour accorder le redressement demandé. A cette question, elle répondit oui. Se fondant sur l'arrêt Howarth c. La Commission nationale des libérations conditionnelles (14), le juge suppose:

... qu'au Canada, en 1975, un organisme public tel que l'intimé, autorisé par la loi à imposer une peine qui était plus qu'une simple perte de privilèges, avait le devoir d'agir équitablement en décidant d'imposer la peine (15).

Toutefois, il précise bien ceci:

Je ne suis pas, évidemment, en train de décider si le redressement devrait être accordé, mais simplement s'il pourrait être accordé par la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada. Selon moi, elle le peut (16).

La Cour d'appel fédérale (17) renversa le jugement de la division de première instance en se fondant sur l'arrêt Martineau et Butters de la Cour suprême pour dire que la décision attaquée ne requiert pas une procédure quasi judiciaire. La Cour suprême finalement donna raison à la division de première instance en insistant sur le fait que la décision du comité de discipline est de nature administrative mais peut être attaquée par voie de certiorari pour manquement au devoir d'équité procédurale (duty to act fairly) (18).

La jurisprudence Howarth-Hardayal, Copers and Lybrant et Martineau a-t-elle réglé toute les embûches que soulève le choix entre le recours sous 28 et 18 lorsqu'un justiciable veut invoquer les notations à la justice naturelle, ancienne ou nouvelle?

Il semble bien que depuis 1980, la fréquentation de la Cour fédérale en première instance sous l'article 18, dans ces cas, ait augmenté considérablement.

En 1981, c'est par voie de mandamus que la Cour fédérale si la Commission des libérations conditionnelles peut <sup>se demander</sup> ~~reviser~~ sa décision et si dans l'affirmative elle doit accorder au requérant la possibilité de faire valoir ses arguments (19). C'est également par mandamus et prohibition que la même décision a à décider si dans le cas d'une enquête instituée sous la réforme de l'article 16.1 de la Loi antidumping, le tribunal antidumping est tenu d'accorder à chaque partie une chance égale de répondre aux arguments de la partie adverse. <sup>(20)</sup> Néanmoins la Cour doit faire une distinction très nette quoique un peu oiseuse entre les enquêtes sous l'article 16.

institué à la demande du sous-ministre du revenu en vue de la prise de décision précise et l'enquête sous 16.1 demandé par le gouvernement pour des raisons de politiques générales.

Dans un arrêt Brempong c. M.E.I. (20) la Cour d'appel considéra que la décision du ministre de reconnaître ou non la qualité de réfugié au <sup>Sens</sup> ~~de~~ de la Convention internationale n'avait pas de caractère quasi judiciaire et devait être attaqué sous 18, suivant la jurisprudence Coopers-Hyband et Hardoyal. Cet arrêt tente d'analyser, de façon peut-être laborieuse, la distinction entre un processus administratif et un processus quasi judiciaire.

En 1981, la Cour fédérale de première instance a également été saisie de plusieurs affaires dans lesquelles les requérants ont invoqué la violation au devoir d'équité procédurale notamment la violation du droit à la représentation par avocat devant la Commission des libérations conditionnelles (22) des organismes disciplinaires en milieu carcéral (23) où une autorité administrative à la G.R.C. avait à prendre une mesure disciplinaire (24). Il en est de même du droit à la représentation par avocat devant un enquêteur ou commissaire de la Commission sur la pratique restrictive du commerce, agissant sous l'empire de l'article 21 de la Loi relative aux enquêtes et coalitions (25). C'est par voie de mandamus, rejeté en l'espèce, qu'un prisonnier a réclamé le droit d'être entendu avant la décision de transfert d'un pénitentier à l'autre (26).

En 1982, la Cour réaffirme que c'est bien par un recours sous l'article 18 que peut être soulevé le devoir d'équité procédurale applicable au ministre lorsque celui-ci décide du statut de réfugié au sens de la Convention internationale (27). A ce sujet, il faut se méfier d'une affirmation du juge Pratte de la Cour d'appel qui semble dire le contraire dans l'arrêt Mensah (28); cette affirmation doit être considérée comme un obiter dictum; elle contredit la jurisprudence de la Cour suprême.

Les arrêts de la Cour concluant à l'irrecevabilité d'un recours sous 18 ou 28 lorsque la justice naturelle est en cause sont de moins en moins nombreux mais la dualité des recours reste toujours un écueil pour les justiciables. Ainsi en 1982 dans Meldrom c. Commission Nationale des libérations conditionnelles (29) n'est-on étonné de voir le requérant tenter encore un recours sous 28 en invoquant que le processus de révocation de libération est devenu quasi judiciaire depuis des amendements récents au règlement qui prescrit maintenant une audition. La Cour fédérale d'appel répond que rien n'est changé depuis Howarth et pourtant...

Les recommandations de la Commission de Réforme du Droit visant à redonner à la Cour fédérale de première instance tout le contrôle judiciaire par une requête unique ont encore leur raison d'être (30). Toutefois nous nous demandons si ce recours unique ne devrait pas être acheminé vers une

seule Cour, la Cour fédérale, qui elle distribuerait entre des bans à trois juges ou des bans à juge unique les affaires, suivant leur importance ou leur provenance; seule la composition du forum varierait. Cette distribution pourrait être prévue par la loi ou par règlement. Ainsi l'on éliminerait les problèmes de recevabilité des recours ainsi que le niveau d'appel, qui, dans toutes les affaires qui passent par la division de première instance puis par la division d'appel, est loin d'avoir prouvé sa nécessité.

B- Au Québec

L'article 846 stipule que le recours en évocation n'est recevable qu'à l'encontre d'un "tribunal" c'est-à-dire suivant la jurisprudence traditionnelle, qu'à l'encontre d'un organisme qui exerce une fonction de judiciaire ou quasi-judiciaire.

La jurisprudence dominante dont l'arrêt le plus significatif est encore Commission de Police c. Saulnier a semblé exiger pour qualifier un acte ou une fonction de quasi-judiciaire un double critère: l'atteinte à des droits individuels d'une part et la présence d'indices procéduraux indicatifs d'un devoir d'agir judiciairement.

Quant au premier critère, une première difficulté s'est soulevée à l'égard d'organismes ayant un pouvoir d'enquête mais aucun pouvoir décisionnel; dans ces cas, si l'organisme a un pouvoir statutaire d'assigner ou de contraindre, il pourra pour ces fins être considéré comme un tribunal au sens de 846 C.P.C. C'est ce que la Cour suprême reconnaissait dans les affaires Keable (31) et Vermette (32)

Une autre difficulté vient du fait que dans certains cas une enquête pouvant conduire normalement à des recommandations de sanction sera considérée comme affectant des droits alors que l'enquête qui n'est destinée qu'à recueillir des faits ne le sera pas. Cette distinction provient des jurisprudences Guay v. Lafleur et Commission de Police v. Saulnier. Cette distinction a conduit à des résultats équitables mais d'une rationalité douteuse car la Cour suprême a au moins implicitement tenu compte de facteurs externes notamment l'existence ou non d'un droit d'appel de la décision qui suivra la recommandation.

Récemment dans un arrêt St-Hilaire c. Bégin du 1er mars 1982 la Cour d'appel a considéré que le bref d'évocation étant admissible contre deux enquêteurs désigné par la Commission municipale pour enquêter "sur tous les aspects de la ville de Rimouski du 1er janvier 1971 au 31 décembre 1978" (33) Bien que les "enquêteurs n'ont comme rôle essentiel que de recueillir des faits et faire rapport", le juge L'Heureux-Dubé estime "qu'un rapport doit être remis pour action appropriée." Certes, dit le juge, il faut distinguer la présente situation d'une enquête portant spécifiquement sur la conduite d'un policier comme dans Saulnier,

mais il y a lieu d'appliquer ici les mêmes principes à savoir que "la nature de l'enquête, son mandat et le rapport que doivent soumettre les enquêteurs [...] sont susceptibles d'affecter les droits des appelants".

La Cour semble avoir été influencée, sans le dire expressément par les articles 23 et 56 de la Charte des droits et libertés de la personne. L'art. 56 contient une définition du terme "tribunal" ~~entendu~~<sup>entendu</sup> aux commissions d'enquête. Le terme "tribunal" de l'article 846 C.P.C. devrait donc avoir la même extension.

Le juge L'Heureux-Dubé n'hésite pas à soutenir que

"la distinction entre un acte administratif et un acte quasi-judiciaire est maintenant plutôt théorique en ce qu'elle ne constitue plus le critère décisif d'il y a quelques années (p. 11).

Cet arrêt contraste, à notre avis, avec d'autres arrêts de la Cour supérieure notamment Fraternité inter-provinciale des ouvriers de l'électricité c. Office de la construction du Québec (34) dans laquelle la Cour refuse de qualifier de Tribunal au sens de 846 C.P. un enquêteur désigné par l'Office pour faire enquête sur les méthodes de placement de la Fraternité, faire rapports et "soumettre ses recommandations en l'espèce". (35) L'enquêteur avait les pouvoir et immunité de l'Office conformément à la Loi sur les commissions d'enquête. Malgré le fait que le "rapport peut affecter ces droits (de la Fraternité) dans le sens d'avoir une influence sur la discussion éventuelle à être rendue par l'Office ..." l'enquêteur n'est pas un tribunal parce "qu'il n'a aucun pouvoir de rendre une décision déterminant les droits de quiconque". (36)

Antérieurement la Cour d'appel elle-même avait eu tendance à refuser de qualifier le Tribunal quasi-judiciaire des organismes d'enquête. La Cour fédérale d'appel a également eu la même (37) attitude (38).

Doit-on déduire de l'arrêt St-Hilaire c. Bégin que dorénavant le devoir d'équité procédurale pourrait être invoqué à l'encontre d'une autorité qui ne serait pas un tribunal au sens strict?

Dans la jurisprudence antérieure c'est par l'action en nullité, l'injonction ou d'autres recours analogues que des justiciables ont réussi à faire contrôler des décisions pour violation de ce qu'on appelle aujourd'hui "la nouvelle justice naturelle". Ainsi en 1955 la Cour d'appel, dans

Marcotte v. Soc. Coopérative agricole Ste-Rosalie considérait que le bureau de direction ne pouvait exclure un membre sans l'avoir entendu (même si ses fonctions ne sont pas quasi judiciaires). (39)

En 1957, la Cour supérieure reconnaissait que le conseil d'administration de la société St-Jean-Baptiste de Montréal ne pouvait expulser un membre sans, au préalable, lui faire connaître les griefs qu'on lui impute et sans lui avoir fourni la chance de les contester. (40)

La Cour supérieure, en 1972, décidait dans le même sens à l'égard du conseil d'administration de la Bourse canadienne. (41)

En 1974, la Cour supérieure a rendu applicable les exigences de la règle "audi alteram partem" à l'assemblée générale des membres d'un club de chasse et pêche dans le cas de l'expulsion d'un membre. (42)

En 1978, la Cour supérieure n'hésite pas à appliquer la règle audi alteram partem ou son équivalent à une autorité scolaire en matière d'expulsion d'un élève de l'école. (43)

Plus récemment, le droit à la représentation par avocat, qui traditionnellement était associé à la notion de tribunal, fut reconnu devant l'autorité d'un corps de polices. Ainsi, la Cour d'appel dans son arrêt L'Heureux v. Procureur Général du Québec semble reconnaître ce droit en ces termes:

"Même si les autorités de la Sûreté du Québec étaient excusables de procéder sommairement en vertu de l'article 40.11, ceci ne leur donnait tout de même pas un chèque en blanc leur permettant de mettre de côté toute procédure même de justice naturelle et en plus d'empêcher que l'appelant soit représenté par un procureur." (44)

La Cour, citant abondamment l'arrêt Nicholson, affirme ceci:

"(...) en effet la justice naturelle telle qu'interprétée par notre jurisprudence exige qu'une certaine procédure au moins d'équité soit suivie lorsqu'il s'agit de sanctionner un fonctionnaire d'une façon sérieuse. Tout récemment, soit en 1979, la Cour Suprême a clairement réinterprété ce principe de justice naturelle dans la cause de Nicholson vs- Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et le Procureur Général de l'Ontario, 1979 I R.C.S. 311." (45)

En 1981, dans Sicotte c. le Directeur du service de protection de l'environnement, il ne semble pas faire de doute que le devoir d'agir avec équité s'applique à l'émission de permis par le Directeur même si dans les circonstances la Cour ne fait pas grief à ce dernier de ne pas avoir rencontré les citoyens malgré une promesse antérieure dans ce sens (46).

Si l'on invoque le devoir d'équité procédurale à l'appui d'une action en nullité, d'une injonction ou d'un mandamus cela ne soulève plus de difficulté au Québec. Toutefois l'arrêt St-Hilaire v. Bégin et d'autres arrêts subséquents de la Cour supérieure reconnaissent que le bref d'évocation est recevable contre des enquêteurs. Ainsi dans Centre pédiatrique Château Pierrefonds c. P.S. Québec (47) un bref d'évocation a été accueilli contre un enquêteur nommé sous l'article 171 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux au motif qu'il y a conflit d'intérêt rendant incompatibles les fonctions d'enquêteur et d'administrateur. De même dans Clément c. Commission de police (48) le bref fut accueilli parce que l'un des commissaires chargé d'une enquête sur l'administration d'un corps de policiers municipal et la conduite de ses membres ayant participé à la décision d'instituer cette enquête bénéficiant alors d'une connaissance préalable du dossier.

Si l'on étend la notion de "tribunal" à tout enquêteur, l'attendra-t-on à tout décideur? Les termes "demande", "partie", "jugement" "affaire pendante devant"... de 846 C.P.C. prennent alors un nouveau sens si tant est qu'ils ont encore quelque signification.

La Cour d'appel vient de décréter qu'un inspecteur agraire sous le Code municipal, qui sur le champ "après avoir entendu les dires et raisons des personnes présentes", ordonne des travaux de creusage d'un fossé, est un tribunal au sens de 846 C.P.C.p (49).

## II- LA LIMITE DE L'INTERVENTION DES COURS SUPERIEURES DANS CERTAINS PROCESSUS ADMINISTRATIFS

### A- L'expansion du droit à la représentation légale devant certaines instances administratives

La jurisprudence traditionnelle rattache le droit à la représentation par avocat aux principes de la justice naturelle, et notamment à la règle "audi alteram partem", au droit d'être entendu, au droit à une défense pleine et entière. Ceci s'applique à tous les secteurs du droit.

De nombreux arrêts refusent de conférer un caractère absolu au droit à la représentation par avocat même si l'organisme exerce des fonctions authentiquement judiciaires ou quasi-judiciaires.

En vertu de la common law, le droit à la représentation par avocat devant une Cour de Justice ou tout autre tribunal quasi-judiciaire n'est pas un droit absolu. Il appartient au tribunal, à défaut de texte de loi ou de règlement à l'effet contraire, d'apprécier, suivant les circonstances et la nature du litige, si l'administré peut adéquatement se faire entendre, faire valoir ses moyens ou sa défense sans cette représentation ou cette assistance. (50)

The interests of administrative efficiency and the nature of the matters in dispute may dictate the exclusion of legal representation. The legal complexity of issues, the factual nature of disputes, and the seriousness of allegations and consequences may all, however, at times lead the courts to say that denial of a right to representation results in an inadequate opportunity for being heard. (51)

Si telles ont été les exigences de la justice naturelle traditionnelle devant les tribunaux quasi-judiciaires qu'en est-il de celle de la nouvelle justice naturelle devant des autorités qu'on refuse de qualifier de tribunal.

La jurisprudence de la Cour fédérale illustre admirablement l'élargissement du droit à l'avocat comme pouvant s'appliquer devant une autorité administrative en vertu du "duty to act fairly" ou devoir "d'équité procédurale". Il s'agit d'arrêts s'échelonnant entre 1973 et 1982.

Arrêt Dubeau v. Commission des libérations conditionnelles,

Le 29 mai 1980, la Cour fédérale de première instance rendait un arrêt (1980) qui innove car il s'agit pour la première fois de la reconnaissance du droit à la représentation par avocat devant une instance administrative, en l'occurrence la Commission des libérations conditionnelles, en application du "duty to act fairly" ou devoir d'équité procédurale.

Le requérant avait été emprisonné à la prison de Stony Mountain à la suite d'une condamnation pour diverses offenses criminelles. Condamné à trois ans et demi, il fut admis à libération conditionnelle. L'une des conditions de sa libération était la suivante: il ne devait ouvrir un compte à crédit dans une institution de crédit qu'avec l'autorisation de son superviseur. Apparemment il l'aurait fait sans autorisation et aurait même excédé du double sa marge de crédit. Une poursuite criminelle était de ce fait intenté contre lui.

Il fut convoqué devant deux membres de la Commission afin de s'expliquer. Il refusa de traiter des accusations criminelles dont il faisait l'objet puisque celles-ci étaient instruites en cour criminelle. On lui répondit que cela était nécessaire pour la Commission; il répliqua qu'il exigeait la présence de son avocat ce qui lui fut refusé parce que, selon la pratique, les avocats ne sont pas admis aux entrevues de la Commission. Finalement, sa libération conditionnelle fut révoquée.

A la faveur d'une requête en certiorari et prohibition en Cour fédérale, le requérant allègue tout d'abord que la Commission a excédé sa juridiction parce qu'elle n'alléguait pas contre lui de violation précise des conditions de sa libération. La Cour étudia les larges pouvoirs discrétionnaires que la loi confère à la Commission

Vu les larges pouvoirs dont la Commission est investie, vu son pouvoir d'appréciation souverain, vu l'intention du législateur et je dirais même la nécessité que les questions de ce genre soient expédiées sans formalités et avec célérité, j'en suis arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas lieu d'infirmen la révocation de la libération conditionnelle du requérant pour le seul motif que certaines questions lui ont été posées au sujet de nouvelles accusations criminelles portées contre lui. (53)

Le second grief reproché à la Commission est à l'effet que le requérant n'a pas été traité équitablement.

La Cour fédérale résume l'état du droit sur cette question en s'appuyant sur les arrêts Martineau (54) et Nicholson (55) de la Cour suprême.

... L'organisme qui, pour un cas donné, n'agit pas de façon judiciaire ou quasi judiciaire, n'est pas tenu d'observer toutes les règles juridiques qui s'imposent à un tribunal et n'est pas soumis à toutes les règles de justice naturelle, mais il lui incombe d'agir avec équité envers la personne dont elle examine la condition (56)

La Cour fédérale cite ensuite un extrait des notes du Juge Pigeon dans l'arrêt Martineau dans lequel ce dernier traite de la représentation par avocat devant les instances disciplinaires internes des prisons (57) Elle considère néanmoins que cela ne saurait s'appliquer à la Commission des libérations conditionnelles. Elle estime que le contenu procédural du "duty to act fairly" peut impliquer alors l'assistance d'un avocat suivant les circonstances.

Les mots «un certain contenu procédural» dans le contexte d'une «obligation ... d'agir équitablement» signifient clairement qu'un organisme administratif, qui n'agit pas de façon judiciaire ou quasi judiciaire, doit observer certaines règles de procédures nécessaires à l'acquittement de son obligation d'agir équitablement. Ces règles sont d'une portée assez large pour englober la présence d'un conseiller juridique dans les cas où l'équité le commande. (58)

La Cour conclut enfin en ces termes pour justifier la cassation de la décision de la Commission:

Compte tenu de ce qui précède et en dépit du pouvoir discrétionnaire qu'a la Commission de révoquer ou de ne pas révoquer la libération conditionnelle du requérant, on peut à tout le moins soutenir que ses membres n'auraient pas dû l'interroger sur les accusations criminelles. En tout état de cause, j'estime que le refus d'autoriser le requérant à se faire assister par un avocat au cours de l'audition constitue un traitement injuste à son égard: (57).

Cet arrêt est innovateur car il étend le droit à la représentation par avocat devant une instance qui n'exerce pas de pouvoir quasi-judiciaire. Il permet également d'établir certains critères visant à circonscrire les situations dans lesquelles la représentation est utile et nécessaire.

#### Arrêt L'Heureux v. Procureur Général Québec

Un agent de la Sûreté du Québec accusé d'avoir donné des informations à des journalistes et d'avoir reçu de l'argent en retour fut traduit sans avis préalable devant un Comité créé en vertu de l'article 40.11 du Code de discipline de la Sûreté du Québec. Ce comité recommanda la suspension et le congédiement à compter du 12 février 1971.

Une action en nullité est intentée en Cour Supérieure le 28 juillet 1972 et rejeté le 16 mars 1978. La Cour d'appel renverse le jugement de la Cour supérieure le 30 mars 1981 (58) et déclare illégaux les procédés du comité spécial comme contraire à la justice naturelle. Dans cet arrêt, la Cour d'appel ne qualifie pas la fonction exercée par le Comité mais s'appuie sur la jurisprudence Nicholson de la Cour Suprême qui porte sur l'obligation d'équité procédurale (duty to act fairly).

La Cour d'appel reproche essentiellement à la Sûreté du Québec d'avoir eu recours à la procédure spéciale régie par l'article 40.11 du Code de discipline plutôt qu'à la procédure disciplinaire ordinaire.

De plus, la Cour considère que le dit comité était irrégulièrement composé et qu'il a excédé sa juridiction en ne se contentant pas de faire des recommandations, mais en prononçant une suspension.

Enfin, la Cour d'appel soutient que:

Même si les autorités de la Sûreté du Québec étaient excusables de procéder sommairement en vertu de l'article 40.11, ceci ne leur donnait tout de même pas un chèque en blanc leur permettant de mettre de côté toute procédure même de justice naturelle et en plus d'empêcher que l'appelant soit représenté par un procureur. (203)

Sous l'angle qui nous intéresse, le droit à la représentation par avocat est rattaché au devoir d'équité procédurale qu'un simple comité d'enquête doit en tout temps observer. C'est là, certes, pousser loin le droit à la représentation par avocat.

Signalons que la Cour rappelle que l'article 28 de la Loi sur la police (ex-article 22) stipule qu'une personne qui témoigne lors des enquêtes de la Commission de police "a aussi le droit de se faire assister d'un avocat". Il s'agit là d'une analogie intéressante.

#### M) Arrêt Minott c. Le Pénitencier de Stony Mountain (202)

Une requête pour ordonnance de prohibition est déposée en Cour fédérale de première instance contre un comité disciplinaire des détenus d'un pénitencier afin de faire cesser une audition tenue sous l'article 39 des Règlements du Service pénitentiaire, au motif qu'on refuse l'assistance d'un avocat.

Les articles 38 et 39 du Règlement prévoient qu'un comité disciplinaire, présidé par une personne nommée par le ministre doit conduire l'enquête, assisté de deux assessseurs ... De plus, il existe une directive no 213 du

du Commissaire aux pénitenciers du 1er mai 1974 qui définit entre autres la procédure à suivre. Cette Directive étudiée par nos Cours dans plusieurs arrêts dont Martineau c. Comité de Discipline de Matsoqui (192) a été modifiée le 17 Juin 1979 pour inclure l'article suivant (art. 12a de l'Annexe).

Il est déjà arrivé qu'un prévenu ait demandé, officiellement ou officieusement, d'être représenté par un avocat. Dans de tels cas, il faut avertir le prévenu qu'il n'a pas le droit d'être représenté par un avocat à son audience.

Sur la base de ce texte, le président de la Cour disciplinaire des détenus avait refusé l'assistance de l'avocat.

La Cour fédérale réétudie la nature juridique des textes en présence, soit le Règlement et la Directive; elle réitère que la Directive n'avait pas force de loi, qu'il ne s'agissait pas d'un texte normatif mais d'un "guide- line". En se considérant comme lié par la Directive, le président de la Cour disciplinaire a confondu entre règlement et directive. De plus, la Cour fédérale estime même que l'article 12(a) de la Directive est ultra vires dans la mesure où il s'applique à une Cour disciplinaire régie par l'article 38 du Règlement.

Une Cour disciplinaire, bien qu'elle ne soit pas un Tribunal quasi-judiciaire au sens de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, doit néanmoins appliquer les règles de l'équité procédurale suivant l'arrêt Martineau (no 2) (1979). Ceci explique que le président de la dite cour disciplinaire doit exercer sa discrétion et se demander si dans les circonstances l'équité procédurale exige ou non l'assistance de l'avocat.

Cette décision du président du tribunal relève, à mon avis, de son pouvoir d'appréciation et

je reconnais qu'il ne faut intervenir dans l'exercice de ce pouvoir que s'il n'a pas été utilisé de façon judiciaire. Sauf erreur, je crois que tel est le cas ici et, en conséquence, je renvoie l'affaire au président du tribunal afin qu'il examine sa décision en accordant toute l'attention nécessaire aux implications des articles 38(1) et (2)b) et (38.1)(1) et (2) et à leurs effets juridiques sur l'article 12 de l'annexe "A" de la directive no 213 du commissaire des pénitenciers et, ce que je crois être d'une importance marquée, à l'équité vis-à-vis du requérant. (205)

Arrêt Davidson and Disciplinary Board of the  
Prison for Women (206)

Cette affaire repose sur des faits identiques à l'affaire précédente. La Cour fédérale<sup>de</sup> première instance, considère qu'en se croyant lié par l'art. 12 (a) de la Directive 213, le président du comité disciplinaire n'a pas exercé la discrétion que lui confère le règlement. Quant à cette disposition, il dit ceci:

Accordingly, paragraph 12(a) of the Annex to Directive 213 offends against a fundamental principle of natural justice in that it purports not only to fetter the discretion of the disciplinary court but to dictate to that court how its discretion shall be exercised. That directive is therefore reprehensible and, in my view, invalid. (207)

La Cour casse la décision du comité disciplinaire parce que le président de ce dernier n'a pas exercé de façon autonome son jugement sur l'opportunité d'accorder ou non l'assistance de l'avocat eu égard aux circonstances et suivant les exigences de l'équité procédurale.

Signalons qu'à la suite de cet arrêt et en conformité avec celui-ci, un autre président de comité disciplinaire a, dans une décision élaborée, décidé qu'étant donné les circonstances l'assistance d'un avocat n'était pas requise ni souhaitable. (208)

Le président de ce comité s'appuie sur des remarques du juge Cattanach de la Cour fédérale dans l'arrêt Davidson:

For my part I find it difficult of envision circumstances where upon a trial for breach of military or prison discipline the presence of counsel is essential to ensure that the duty of fairness is observed. These breaches of discipline in by far the greater number of cases are simply questions of fact. Did the soldier or inmate do the act alleged? In few instances are there questions of law involved". (287)

Puisqu'il ne s'agit en l'espèce que de questions de fait la Présidente décida que l'assistance de l'avocat à l'audience n'était pas nécessaire, celui-ci ayant pu être consulté antérieurement.

La Cour fédérale dans les deux arrêts précités cite avec approbation certains arrêts anglais, notamment l'arrêt Fraser v. Mudge de la Court of Appeal (290), cité subséquentement avec appui par le juge Pigeon dans Martineau (no. 2); le juge Pigeon dit ceci:

aucun doute n'a été exprimé quant à la justesse de l'arrêt de la Cour d'Appel, Fraser v. Mudge.

La Cour d'Appel à l'unanimité a maintenu le refus d'injonction. Lord Denning a dit (aux pp. 1133 et 1134 W.L.R.):

(Traduction) ..." Nous savons tous que lorsqu'un homme est amené devant son chef pour une violation des règles de discipline, que ce soit dans les forces armées ou sur un navire en mer, la pratique n'a jamais été d'accorder la représentation par avocat. Il est de première importance que ces affaires soient réglées rapidement. Si l'on permettait la représentation par avocat, des délais considérables s'ensuivraient. C'est aussi le cas des infractions aux règles de discipline carcérale. L'instruction doit en avoir lieu rapidement. Ceux qui procèdent à l'instruction doivent, bien sûr, agir équitablement. Ils doivent informer l'homme de l'accusation et lui donner une possibilité raisonnable de faire valoir sa défense. Mais cela peut se faire et se fait sans que l'affaire soit retardée par la représentation par avocat. Je ne suis pas d'avis que nous devrions modifier la pratique existante"....

Lord Roskill a ajouté, après une référence aux Prison Rules 1964 (à la p. 80, All E.R.):

(Traduction) ... "On recherche les grands principes sous-jacents de ces règles. Il s'agit de maintenir la discipline en prison au moyen de décisions appropriées, promptes et rapides, par le directeur ou les visiteurs; et il me paraît que les exigences de la justice naturelle ne requièrent pas qu'une personne contre laquelle des procédures disciplinaires ont été intentées ait le droit absolu d'être représentée par avocat."

Il me paraît que l'on a adopté, dans ce que je viens de citer, une vue juste de la situation du détenu qui fait l'objet de procédures disciplinaires. (215)

#### Arrêt Husted et Ridley

Dans un arrêt du 5 février 1981, la Cour fédérale de première instance était appelée de nouveau à statuer sur le droit à l'avocat devant une instance disciplinaire, cette fois-ci de la Gendarmerie royale du Canada. (212)

Deux agents de la G.R.C. avait été traduits pour une affaire mineure devant un officier supérieur agissant comme autorité disciplinaire sous les articles 25 et 34 de la Loi sur la Gendarmerie royale. Ils se présentèrent à l'instruction mais demandèrent d'être représentés par avocat, ce qui leur fut refusé sur la base de l'article 33 du Règlement qui se lit ainsi

33. Aucun membre dont la conduite fait l'objet d'une enquête en vertu de l'article 31 de la Loi ou qui est accusé d'une infraction prévue à l'article 25 ou 26 de la Loi, n'a le droit de se faire représenter par un avocat à cette enquête ou à ce procès. (213)

La Cour commença par résumer l'état du droit en ces termes

La common law ne reconnaît nullement le droit absolu de se faire représenter par un avocat à la personne susceptible de quelque sanction. Les tribunaux ont toujours refusé d'intervenir dans les affaires de discipline interne où la représentation par conseil est refusée, lorsque, en

raison de son objet ou de la nature de l'infraction reprochée, l'audition relève de l'administration interne et porte sur une question de discipline au sein d'un corps spécial comme une arme des forces armées ou une force de police. Dans ces cas, les pouvoirs de l'officier qui juge l'infraction sont généralement très limités et susceptibles de contrôle administratif par une autorité supérieure. En pareils cas, la faute disciplinaire reprochée est d'ordinaire instruite sans formalités, sans la présence d'un sténographe judiciaire pour la transcription des procès-verbaux, sans qu'interviennent des règles de preuve strictes et, comme un juge l'a dit, "d'homme à homme" entre l'officier supérieur et le présumé contrevenant. Dans la plupart de ces cas, la coutume bien établie veut que les questions de discipline se règlent au sein du corps ou de l'organisme, sans formalités et sans intervention extérieure. Dans d'autres cas, la loi interdit même expressément de recourir à des représentants ou avocats de l'extérieur. Le service exige une telle absence de formalités sans lequel le fonctionnement quotidien du corps considéré et le maintien de la discipline interne seraient si lourds et prendraient tellement de temps que l'efficacité du service en souffriraient. En revanche, la common law reconnaît que lorsque la liberté d'une personne ou ses moyens d'existence sont en jeu dans un procès, celle-ci devrait avoir droit aux services d'un avocat compétent de son choix, à moins que le recours aux services d'un avocat donné ne retarde ou n'entrave indûment l'administration de la justice. C'est là un corollaire du principe qu'un accusé a droit à une défense pleine et juste. (214)

La Cour observe néanmoins que l'article 34 de la loi prescrit la procédure à suivre en ces termes

(4) Un accusé n'est pas tenu de rendre témoignage à son procès, mais il peut faire une déposition sous serment. Lorsqu'un accusé n'a pas fait de déposition sous serment, on doit lui fournir, à la fin de la présentation des conclusions de la poursuite, l'occasion de faire une déclaration à l'officier qui préside.

(5) Un accusé peut appeler des témoins pour son propre compte, et il peut contre-interroger tous témoins à charge.

(6) Les règles de la preuve lors d'un procès prévu par la présente Partie sont les mêmes que les règles suivies, dans les procédures relevant du Code criminel, devant les tribunaux de la province où le procès a lieu ou, si le procès a lieu hors du Canada, devant les tribunaux d'Ontario.

(7) L'officier qui préside au procès doit faire consigner et transcrire les dépositions des témoins, 1959, c. 54, art. 34. (275)

ce qu'un procureur sans assistance d'avocat puisse, même devant un tribunal essentiellement administratif, se voir appliquer les règles de preuve en matières criminelles et conduire au procès d'une façon aussi formelle que celle prévue à l'article 34. De plus, comme l'appel prévu à la loi est un appel sur dossier et non un appel de novo, si l'accusé n'a pas recueilli tous les éléments de preuve par manque de connaissance légale, il ne pourra y remédier en appel.

L'article 33 du Règlement est absolument prohibitif. Il ne laisse aucune discrétion à l'instance disciplinaire sans égard aux complexités légales ni au fait que dans ce genre d'affaire, les délais importent peu. La Cour ne peut concevoir que le Parlement ait eu l'intention de conférer à l'autorité réglementaire le pouvoir d'édicter une telle norme prohibitive. Il conclut à la nullité de l'article 34 en ces termes:

Par ces motifs, j'estime que l'adoption de l'article 33 du Règlement n'était pas autorisée par la Loi et que cet article est, par conséquent, ultra vires et de nul effet, du moins en ce qui concerne un procès pour une infraction majeure ressortissant au service prévue à l'article 25 de la Loi. (221)

La Cour ajoute enfin que le législateur assujetti certes les infractions majeures ainsi que les infractions mineures, prévues à l'article 26, à la même procédure. Cela est certes difficilement justifiable et compréhensible. Néanmoins il faut prendre le texte de loi tel qu'il est même si "this would not appear to be a desirable situation especially in the case of a police force" (222).

Cet arrêt est intéressant parce qu'il nous apporte des éléments de réflexion sur l'opportunité de la présence de l'avocat et les critères permettant d'apprécier quand son assistance peut être utile à la défense des droits.

La grande nouveauté de la jurisprudence récente est l'affirmation du droit à la représentation par avocat ou à l'assistance de l'avocat devant les instances administratives assujetties non pas aux traditionnels principes de la justice traditionnelle mais au nouveau principe de "l'équité procédure" reconnu par la Cour suprême dans ses arrêts Nicholson et Martineau (no. 2). La Cour fédérale et la Cour d'appel du Québec viennent de rendre des arrêts révélateurs de cette tendance nouvelle qui consiste à rendre obligatoire la représentation légale devant certaines instances disciplinaires à caractère administratif ou devant des autorités comme la Commission fédérale des libérations conditionnelles lorsque le contexte et les circonstances s'y prêtent.

Dans ces cas, le président de l'organisme a une large discrétion dans l'octroi ou le refus de représentation légale. Néanmoins, il doit tenir compte des critères suivants dégagés par la jurisprudence:

a) L'importance des conséquences de la décision sur l'administré; en matière disciplinaire, l'on distinguera alors entre les infractions majeures et les infractions mineures.

b) Le degré de "juridicisation" de la procédure; plus la procédure et les règles de preuve se rapprochent de celles de la justice criminelle ou civile, plus la présence de l'avocat est nécessaire.

c) Les délais. La nécessité d'un processus décisionnel rapide et efficace comme pour régler une affaire de régie interne sera considérée comme un élément défavorable à la présence de l'avocat.

d) Le contexte institutionnel, législatif, réglementaire, influera sur la décision d'admettre ou non l'avocat lors de l'audition ou de l'entrevue.

Si nous mettons en parallèle la jurisprudence portant sur des textes prévoyant le droit expresse à la représentation avec la jurisprudence qui s'appuie sur les principes de la justice naturelle, il est manifeste que la philosophie judiciaire est empreinte d'une grande prudence bien que les Cours tendent à consacrer très largement le droit à la représentation.

L'article 7 de la Charte constitutionnelle de 1981 apporte une innovation par rapport au droit positif antérieur. D'une part, il consacre de nouveau trois droits fondamentaux, soit le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne; néanmoins cette consécration ne saurait avoir un caractère absolu puisque le législateur peut y apporter des limites suivant le critère de rationalité prescrit à l'article 1 de la Charte.

Le droit à la vie est reconnu en faveur de "quiconque" ce qui nous porte à croire que le législateur constituant va au delà du concept de "personne" retenu jusqu'ici en droit criminel et à certains égards en droit civil, pour englober celui de la "personne potentielle". A l'autre bout de la vie, il faut espérer que la jurisprudence ou de préférence le législateur adopte le critère de la mort cérébrale.

Le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne sont des droits fondamentaux difficiles à définir avec précision. Nous croyons, dans le cadre de la Charte, devoir leur donner un sens restrictif.

La grande innovation de l'article 7 de la Charte consiste à substituer au concept du "due process of law", utilisé dans la Déclaration canadienne de 1959, celui des "principes de la justice fondamentale" et d'assujettir les atteintes aux trois droits fondamentaux précités à la conformité de ces principes qui, selon nous, sont ce qu'en common law l'on a toujours appelé les "principes de la justice naturelles" ou "rules of natural justice". Les atteintes à ces droits ne sont permis que dans un encadrement procédural de deux types. Lorsque l'atteinte est le fait d'une autorité judiciaire ou quasi judiciaire, il y a lieu d'appliquer les règles traditionnelles de la justice naturelle illustrées par une jurisprudence abondante et bien connue en Droit administratif. Lorsque l'atteinte est portée par une autorité exécutive ou administrative c'est la règle de l'équité procédurale ou "duty to act fairly" qui doit être observée, issue de la jurisprudence récente qu'on a coiffé de l'étiquette "nouvelle justice naturelle".

Au concept du "due process of law" que la jurisprudence canadienne de 1960 à 1980 a, à toute fin pratique, vidé de tout contenu, la Charte recourt, dans la pure tradition de la common law, à la notion de justice fondamentale ou naturelle aux virtualités remarquables.

Ce qu'il y a tout d'abord de nouveau c'est que les garanties procédurales issues de la common law et déjà applicables à un grand nombre de situations acquièrent un statut constitutionnel. Toute personne qui se croit victime d'une atteinte à l'un de ces droits peut revendiquer une protection procédurale, et si une telle protection n'est pas accordée, demander l'annulation de la décision administrative concernée ainsi qu'une réparation adéquate suivant le cas.

Comment alors prévoir une articulation procédurale des atteintes à ces droits? Il faut à notre avis distinguer suivant qu'un encadrement procédural est prévu dans la loi, dans un règlement ou que les textes sont silencieux.

### 1) Un encadrement procédural est prévu dans la loi

Si la loi du Parlement contient des dispositions procédurales, l'administré insatisfait peut les attaquer ou invoquer leur caractère déraisonnable au sens de l'article 1 de la Charte. Par exemple, si une loi limite le droit à la représentation par avocat, cette disposition pourrait être attaquée sur une base beaucoup plus solide que celle qu'on retrouve dans la célèbre affaire Nissan v. Pelletier (78). Il ne serait pas surprenant que les défenseurs du droit à la représentation par avocat reviennent à la charge et contestent l'interdiction législative d'une telle forme de représentation devant les cours de petites créances ou certains tribunaux administratifs ou disciplinaires, telle la Régie du logement du Québec par exemple.

Pourrait également être remis en cause une disposition législative comme l'article 11 de la Loi sur les Libérations conditionnelles qui se lit ainsi:

La Commission, en étudiant la question de savoir s'il faut octroyer ou révoquer la libération conditionnelle, n'est pas tenue d'accorder une entrevue personnelle au détenu ni à quelque personne agissant au nom de celui-ci (79).

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a déjà recommandé dans un Rapport en 1974 que le droit d'être entendu soit expressément reconnu par loi au détenu (80).

Pourraient être remises en cause certaines dispositions de la Loi sur l'immigration (81) conférant au ministre un pouvoir discrétionnaire très large en matière de déportation lorsque la sûreté et la sécurité publiques sont en danger; le ministre peut en effet attester qu'une personne autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent, à la lumière des rapports secrets qu'il détient en matière de sécurité ou de criminalité et que la nécessité de protéger les sources de renseignements empêche de divulguer, a commis certaines infractions qui la rendent susceptible d'expulsion; une telle attestation signée par le ministre fait foi de son contenu et ne peut être contestée. Lorsqu'il s'agit d'un résident permanent la loi prévoit une procédure qui s'inspire des exigences de la justice fondamentale (82). A notre avis, l'ordonnance d'expulsion prononcée sans que la personne en cause ait eu la possibilité de contester le rapport qui la provoque n'est pas conforme aux principes de la justice fondamentale, même si une telle ordonnance est susceptible d'appel en vertu de l'article 72 al. 3.

Ce qu'il y a d'intéressant et de novateur dans la Charte par la combinaison des articles 1 et 7, c'est que même dans les "limites qui sont raisonnables" de l'article 1, les atteintes doivent être "en conformité avec les principes de la justice fondamentale". Jusqu'ici il n'était pas possible d'invoquer les principes de la justice naturelle à l'encontre d'une loi du Parlement ou d'une législature (83). Dorénavant cela sera possible lorsqu'il sera question des trois droits consacrés par l'article 7 de la Charte.

#### Un encadrement procédural est prévu par règlement

Si des dispositions procédurales sont prévues par règlement comme c'est fréquemment le cas et qu'il ne fait pas de doute qu'il s'agisse d'un règlement, c'est-à-dire d'une législation déléguée comme la Cour Suprême l'a précisé dans l'arrêt Martineau no. 1 (84), l'Administration peut-elle prétendre qu'il s'agit d'une "règle de droit" au sens de l'article 1 de la Charte?

Il ne fait aucun doute que l'expression by law ou "par une règle de droit" de l'article 1 de la Charte comprend un règlement. La jurisprudence a eu à statuer sur des textes analogues dans plusieurs affaires célèbres notamment: Martineau no. 1 , Proc. Général v. Blaikie (85)

Un règlement de procédure peut donc être attaqué comme comportant des dispositions ne respectant pas raisonnablement les exigences de la justice naturelle. Déjà d'ailleurs cela était possible et récemment la Cour fédérale a annulé certaines dispositions d'un règlement contraire à la justice naturelle en matière de représentation légale.

A notre avis l'on ne pourra plus dorénavant invoquer le fait que le tribunal ou l'Administration a respecté à la lettre des dispositions procédurales de la loi ou des règlements. On pouvait lire dans un arrêt récent ceci:

Such doctrines (natural justice or fairness) on procedural matters have no application where the intention of Parliament is clearly expressed in the statute and has been followed by the Tribunal. [...] What is "fair" or "unfair" is for Parliament to decide in such a case and not for the Courts, else the Courts would be in effect legislating to alter the clear intention of Parliament (84).

De telles affirmations ne seraient plus de mise face à l'article 7 lorsque les trois droits consacrés seront en cause. Un administré qui prétend être victime d'une atteinte à ces droits pourra tenter de faire déclarer injuste ou inéquitable la procédure établie par la loi ou le règlement en vertu desquels une décision a été prise.

Lorsqu'une loi ou un règlement prévoit expressément une procédure assez bien articulée <sup>dans</sup> tel ou tel type de situations, on a eu tendance jusqu'ici à considérer qu'il fallait se contenter de ces exigences procédurales sans pouvoir recourir à la common law pour suppléer aux omissions de la Législation (87). A notre humble avis, la règle expressio unius exclusio alterius (88) ne pourra plus être évoquée lorsque les droits protégés par l'article 7 de la Charte seront en cause. Un administré pourra toujours prétendre que l'encadrement procédural est incomplet ou insuffisant.

3) Lorsque la loi ou le règlement sont silencieux.

Lorsque le législateur ou l'autorité réglementante n'ont pas édicté de dispositions procédurales et que l'administré prétend être victime d'une atteinte aux droits de l'article 7 de la Charte, il pourra prétendre que la procédure suivie de facto, ou en vertu de directives administratives, est non conforme aux principes de la justice fondamentale.

La question la plus difficile au regard du type de procédure idéale pour tel ou tel genre de situations consiste à savoir si la jurisprudence abandonnera la distinction entre la justice naturelle traditionnelle et la nouvelle justice naturelle ou si l'on suivra les idées énoncées par le juge Dickson dans Coopers and Lybrand (89) et dans Martineau no. 2 (87). Ce débat a déjà fait couler beaucoup d'encre (87). Il nous semble bien que c'est la voie vers laquelle s'orientera la jurisprudence si l'on en juge par les récents arrêts portant sur certains aspects de la justice naturelle, notamment la représentation légale. La recherche de l'équité procédurale (fair procedure) se fera sans chercher à qualifier la fonction de l'organisme, mais se fera néanmoins et inévitablement par référence à deux modèles de decision - making process ou processus décisionnel. Cela ressort clairement de l'énoncé du juge Laskin dans Nicholson.

Le processus quasi-judiciaire a déjà un contenu bien connu; le processus administratif selon "l'équité procédurale" aura un contenu procédural différent, non pas nécessairement de nature, mais de degré ou niveau. Il arrivera que certains traits du modèle quasi-judiciaire serviront d'inspiration, mais cela dépendra toujours d'un ensemble de facteurs et de considérations variables.

Le danger d'une telle approche est l'incertitude et l'ambiguïté, facteurs d'insécurité juridique pour l'Administration et pour les administrés.

Lorsqu'une loi confie à un tribunal administratif de type classique, telle la Commission d'appel de l'immigration, ou à un juge d'une cour de justice le pouvoir de prendre une décision susceptible de constituer une atteinte aux trois droits consacrés par l'article 7, le devoir d'agir judiciairement ou quasi-judiciairement s'appliquera intégralement. L'administré aura droit d'être avisé, il aura droit, sauf exception, à une audition contradictoire avec représentation légale, suivant des règles de preuves relativement bien établies; l'administré, par son représentant légal ou autrement, aura droit d'interroger et de contre-interroger; il aura droit de prendre connaissance du dossier entre les mains du tribunal; il aura surtout droit de faire valoir ses moyens ou représentations et enfin, dans la majorité des cas, il aura droit à une décision motivée. Le tout devra être fait devant une autorité impartiale, c'est-à-dire dans un contexte tel qu'il n'y a pas lieu à crainte de préjugé.

Dans l'autre système envisagé, la loi confie à un ministre, un fonctionnaire ou un organisme qui n'est pas qualifié de tribunal au sens ordinaire du terme le pouvoir de prendre la décision: ce pourra être la Commission des libérations conditionnelles, le ministre de l'immigration, une autorité hospitalière, une autorité policière. Que signifie alors le devoir d'équité procédurale?

La difficulté de prédire quel doit être le niveau exact des exigences procédurales dans un cas donné vient de la réalité mouvante du processus décisionnel au sein de l'Administration, comme l'a souligné le juge Dickson dans Coopers and Lybrand (71). Cette réalité mouvante et extrêmement diversifiée résulte d'une adaptation constante du processus décisionnel à la réalisation des objectifs que poursuit l'Administration dans la mise en application des lois et programmes gouvernementaux. L'Administration en déterminant une procédure particulière fait un dosage d'ingrédients procéduraux en obéissant à deux impératifs qu'elle essaie de réconcilier au mieux, consciemment ou inconsciemment: l'efficacité et la transparence. Nous pourrions longuement discourir sur ces deux impératifs, mais nous nous contenterons de les accepter comme des postulats découlant de l'idéal "d'une société libre et démocratique" (art. 1 de la Charte).

- (1) Howarth c. Commission Nationale des libérations conditionnelles (1971) 1 R.C.S. 453.
- (2) [1965] 1 C.C.C. 168, 169.)
- (3) [1959] R.C.S. 24.
- (4) Howarth v. Commission nationale des libérations conditionnelles, [1976] 1 R.C.S. 453, 474.
- (5) Mitchell v. la Reine, [1976] 2 R.C.S. 570. Dans le même sens: Ford c. Commission nationale des libérations conditionnelles, [1977] 1 C.F. 359.
- (6) [1976] 1 R.C.S. 376. Dans le même sens: Maslej v. M.M.I., [1977] 1 C.F. 194.
- (7) M.M.I. v. Hardayal, [1978] 1 R.C.S. 470. Dans le même sens: Laurent v. Perron, [1978] 2 C.F. 450.
- (8) Supra, note 5.
- (9) M.M.I. v. Hardayal, [1978] 1 R.C.S. 470, 478. Voir également AGIP S.D.A. c. Commission de contrôle de l'énergie atomique, [1979] 1 C.F. 223.
- (10) Martineau v. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118.
- (11) [1976] 2 C.F. 198.
- (12) [1978] 1 R.C.S. 118, 129. Les directives ont été établies en conformité avec le paragraphe 29(3) de la Loi sur les pénitenciers (S.R.C. 1970, c.P-6) qui se lit comme suit:
- "29(3) Sous réserve de la présente loi et de tous règlements édictés sous le régime du paragraphe (1), le commissaire peut établir des règles, connues sous le nom d'Instructions du commissaire, concernant l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service, ainsi que la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus et la direction judiciaire des pénitenciers".
- (13) In Re la Loi sur les pénitenciers et in Re Robert Martineau, [1978] 1 C.F. 312.
- (14) [1976] 1 R.C.S. 453.
- (15) Id., 318.
- (16) Id., 319.
- (17) Le comité de discipline de l'institution de Matsqui v. Martineau, [1978] 2 C.F. 637.
- (18) Martineau v. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 62.

- (19) Beumier c. Commission Nationale des libérations conditionnelles, (1981) 1 C.F. 454.
- (20) Irving c. Commission sur les pratiques restrictives du Commerce, (1982) 1 C.F. 72.
- (21) (1981 1 C.F. 211 (C.A.).
- (22) Dubeau c. Commission Nationale des libérations conditionnelles, (1981) 2 C.F. 37; Calvin v. Commission Nationale des libérations conditionnelles, (1981) T-38000-80; Rain v. C.N.L.C., (1982) 1 C.F. 85.
- (23) Minott c. Pénitencier de Stony Mountain (1982) 1 C.F. 322; Davidson c. Disciplinary Board of the Prison of Wormers, T-1419-91, 6/7/81.
- (24) In Re La loi sur la G.R.C., (1981) 2 C.F. 791.
- (25) Irving c. Commission pratiques restrictives du commerce, (1982) 1 C.F. 72.
- (26) Sauvageau c. R., T-2987-80, 8/7/80; voir aussi: Bruce c. Yeomans, T-2613-79, 17/7/79.
- (27) Cheverria c. M.E.I., (1982) 1 C.F. 478.
- (28) Mensah c. M.E.I. et Commission d'appel de l'immigration, (1982) 1 C.F. 70; il s'agissait d'un recours sous 28, principalement contre la Commission.
- (29) Meldrum c. C.N.L.C., (1982) 1 C.F.
- (30) Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale, 14e Rapport, 1981, p. 31 et 41.

- (31) Proc. Gén. Qué. et Keable v. Proc. Gén. Can., (1979) 1 R.C.S. 218.
- (32) Commission des Droits de la Personne v. P.G. Can., J.E. 82-152 et [1978] C.A. 67; aussi Atelier d'Ingénierie c. Commission des Droits de la Personne (1978) C.S. 378, confirmé par C.A. 19 dec 78, n° 500-09-000-337-782
- (33) C.A. Québec 1/3/82 no 200-09-000486-818.
- (34) Appliquée notamment dans Fraternité Inter-Provinciale des Ouvriers de l'Electricité c. Office de la Construction du Québec J.E. 80-195.
- (35) [1980] C.S. 35; voir aussi Texaco Canada v. Bastien (1978) C.S. 380; Proc. Gén. Can. v. Com Droits de la Personne (1978) C.S. 47 (J. Hugesen).
- (36) Id., 37.
- (37) Id., 44.
- (38) Cité de St-Léonard c. Commission municipale du Québec [1972] C.A. 610 et [1972] C.S. 685; Ecole Beaugard v. Commission consultative de l'enseignement privé C.A. Mt 5 mai 1978 no 09-001162-767; Messier v. Commission de Police [1976] C.A. 15.
- (39) Copeland v. McDonald [1978] 2 C.F. 815; Stevens c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce [1979] 2 C.F. 159; B. c. Ministère Main d'oeuvre et Immigration [1975]; Desjardins v. Com. Libération conditionnelle (1976) 2 C.F. 539, 558.
- (40) (1954), B.R. 393, 408 (J. St-Jacques); confirmé par la Cour supérieure mais la Cour suprême parle de "quasi judicial capacity" (1955) R.C.S. 294.
- (41) Gagner v. Société St-Jean Baptiste de Montréal, (1957) C.S. 358; il s'agissait d'un mandamus.
- (42) (1972) C.S. 573.
- (43) (1974) C.S. 283.
- (44) Courcelles c. Dionne (1978) C.S. 172; voir aussi: Labrinakos c. Commission Scolaire protestante du grand Montréal, (1979) C.S. 979.
- (45) J.E. 81-434 (original p. 14): action en nullité et injonction, plus action en dommages.
- (46) Id., p. 2.
- (47) J.E. 81-622: il s'agit d'une action en nullité.
- (48) J.E. 81-923.
- (49) C.A. Q. 3/2/82, L'HEUREUX c. COUTURE, n° 09-000787-793

- (150) P. GARANT, Droit administratif, op. cit. supra note 2, chapitre XV
- (151) MULLAN, Administrative Law, Toronto, Carswell, 2nd ed., 1979, no 35.
- (152) (1980) 6 W.W.R., 271 (J. Smith); (1981) 2 C.F. 37.
- (153) Id., 45.
- (154) (1980) 1 R.C.S. 602
- (155) (1979) 1 R.C.S. 311, surtout 324
- (156) Supra note 152, p. 45.
- (157) Voir infra p. 52
- (158) Supra note. 152, p. 50.
- (159) Id., 55.
- (160) C.A.M. no. 500-09-000-456-780, J.E. 81-434
- (161) Id., p. 13
- (162) (1982) 1 C.F. 322
- (163) (1976) 2 C.F. 198
- (164) (1980) 1 R.C.S. 602
- (165) Supra note 164, p. 337
- (166) Cour Fédérale, T-1419-81, 6 juillet 1981 (J. Cattnach)
- (167) Id. p. 24
- (168) Décision de Helen P. King, Président du Comité de discipline de la Prison des femmes de Kingston, Ontario, 7 août 1981
- (169) Voir supra note 166
- (170) (1976) 2 All E.R. 78.
- (171) (1980) 1 R.C.S., 602, 636
- (172) (1981) 2 C.F. 791
- (173) C.R.C. 1978 c. 1391, p. 11186
- (174) Supra note 216, 795
- (175) Id., 796-797
- (176) Id., 798
- (177) Id., 799

- (78) C. suprême 4/2/81, J. Express 81-433, confirmant C.A.M. 09-000116-764, 14 août 1978, et (1976) C.S. 296.
- (79) S.R.C. 1970 c. P-2 art. 11.
- (80) Rapport intitulé La libération conditionnelle au Canada, Ottawa Information Canada, 1974, p. 89; voir aussi le Rapport du Groupe d'études sur la mise en liberté des détenus, Ottawa, Inf. Canada, 1973, p. 63
- (81) S.C. 1976-77 c. C-52 art. 39
- (82) Id., art. 40
- (83) R. v. Randolph (1966) R.C.S. 260, 265. "There is no doubt that Parliament has the power to abrogate or modify the application of the maxim audi alteram partem".
- (84) (1978) 1 R.C.S. 118
- (85) (1979) 2 R.C.S. 1016, 1027 (article 133 de l'A.A.M.B.)
- (86) Hasma v. Canadian Wheat Board (1981) 122 D.L.R. (3d) 706, 713 (Alta S.C., J. McDonald): dans cette affaire, il ne s'agissait pas des libertés de la personne au sens usuel du terme.
- (87) Mullan, Human Rights and Administrative Fairness, op. cit., supra note p.116; aussi M. Loughlin, article précité, supra note 26 p. 27 ss.
- (88) Invoqué par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Nicholson: voir (1975) 12 O.R. (2d) 337 et analysé in (1979) 1 R.C.S. 311, 319; voir aussi Alliance des professeurs catholiques v. C.R.O. (1953) 2 R.C.S. 140, 166; aussi Lord Wilberforce, in Wisman v. Borneman (1947) A.C. 297, 317
- (89) (1979) 1 R.C.S. 495
- (90) (1980) 1 R.C.S. 602
- (91) Voir notamment: Proceedings of the Administrative Law Conference, published by U.B.C. Law Review 1981, pp. 219-258
- (92) (1979) 1 R.C.S. 495, 505 " ... one finds realistically a continuum...". Sur l'incertitude qui résulte de l'équité procédurale, voir Laughlin, article précité supra note 26, p. 237; Rankin et Horne, art. précité supra note 26 p. 218